

Prélevement et transplantation

d'organes Chez l'enfant :

**(D'un point de vue juridique : en droit algérien
et en droit français)**

Par Mme Hanifa Benchaabane*

Nous savons que chacun a droit au respect de son corps. Mais de principe de protection propre à corps l'enfant, point. En revanche le droit de la santé ou le droit pénal par exemple, rencontrent plus d'une fois le corps de l'enfant.

Nuançons: pour le droit civil, les actes relatifs au corps de l'enfant appellent avant tout un consentement celui des titulaires de l'autorité parentale, éventuellement celui de l'enfant lui-même, (1) dont l'évolution du droit contemporain tend à assurer la promotion.

A un moindre degré, le corps de l'enfant est sujet à la protection du droit civil, corps de l'enfant et consentement, corps de l'enfant et protection (2). Traditionnellement, la question du consentement concernait avant tout les parent, qui, quoique tiers ont des droits sur l'enfant, et par conséquent sur son corps.

La présomption d'accord des parents pour les actes relatifs à la personne de l'enfant peut-être étendue aux actes relatifs à son corps, mais elle ne concerne que les actes usuels et non les actes graves (3).

Le médecin qui connaît le risque d'un désaccord devrait donc requérir le consentement des deux parents. Mais d'un autre coté le code de déontologie lui interdit de s'immiscer dans les affaires de famille.

Au demeurant quantité d'actes relatifs au corps de l'enfant échappent aux prévisions du droit civil et ne sont régies que par des dispositions spéciales du droit de la santé.

S'agissant de prélèvement d'organes désormais interdit sur un mineur vivant, sauf pour un don de moelle osseuse destinée à son frère ou à sa sœur (4) et permis sur le corps d'un mineur décédé, seulement avec le consentement écrit des titulaires de l'autorité parentale ou du représentant légal (5).

* Maître de conférence faculté de droit d'Alger.

La question du consentement ou du refus de certains actes sur le corps de l'enfant, rebondit aujourd'hui, car le droit civil donne plus souvent qu'hier la parole à l'enfant lui-même.

Si l'on passe du thème du consentement à celui de la protection ; il faut résumer l'apport du droit contemporain par l'idée d'une protection renforcée par rapport à celle du corps de l'être humain en général, et d'une protection qui cesse d'être réservée la famille pour devenir une mission de la société.

La société protège la personne et le corps de l'enfant de multiples manières; surveillance médicale de l'enfant scolarisé, vaccinations obligatoires, protection de l'enfant inadapté, de l'enfant au travail, prévention de l'adolescence, de la drogue, car la société doit prendre le relais de la famille devenue défaillante ou même redoutée, dangereuse pour l'enfant, au-delà des mesures d'assistance éducative proprement dites et de la réaction pénale à la maltraitance d'enfants (6).

Dans cette étude deux points seront traités :

-Le premier portera sur le prélèvement d'organes sur un donneur mineur vivant.

-Le second portera sur les prélèvements « post- mortem »

I Prélèvement sur un donneur mineur vivant :

Le prélèvement d'organes en vue d'une transplantation ne peut-être effectué chez un mineur Que si il s'agit d'un frère ou d'une sœur du receveur.

On évoque également que le consentement dans le cas du mineur non émancipé donné par les titulaires de l'autorité parentale ou par le seul titulaire en cas de disparition de l'autre titulaire ou encore en cas de désunion du ménage celui qui a reçu la garde de l'enfant. Le mineur émancipé peut donner lui-même son consentement.

Dans le cas du mineur sous tutelle, le consentement est donné par le tuteur mais la loi distingue deux cas.

Pour les recherches à finalités thérapeutiques directes ne présentant pas un risque sérieux, l'accord du tuteur suffit.

Dans les autres hypothèses, c'est à dire les recherches à finalités thérapeutiques présentant un risque prévisible sérieux ou les recherches sans finalités thérapeutiques, le tuteur doit- être autorisé par le conseil de famille ou le juge des enfants (7).

Le prélèvement peut- être effectué en vue d'une greffe sur un être humain, greffe ayant un but thérapeutique(8).

De quel prélèvement est-il question ? s'agit-il seulement d'un prélèvement d'organes (9).

Il faut préciser l'intérêt que présente le prélèvement de peau, lorsque la greffe est destinée à un grand brûlé.

Il n'est donc pas douteux que le législateur n'a pas entendu limiter l'objet des prélèvements. Ainsi les prélèvements qui n'auraient pas directement un but thérapeutique sont-ils interdits ?

Le mineur comme il a été cité plus haut peut faire l'objet d'un prélèvement s'il est frère ou sœur du receveur (10).

Dans ce cas la loi exige le consentement du «représentant légal » et l'autorisation d'un comité d'experts, le consentement du mineur lui-même n'est pas prévu, mais un droit d'opposition lui est reconnue. Ces dispositions exceptionnelles soulèvent de graves problèmes.(11).

On peut tout d'abord se demander comment l'autorité, qui appartient aux pères et mères pour protéger l'enfant dans sa sécurité, sa santé et sa moralité, peut-être utilisée dans un autre but : surtout dans un but contraire à la sécurité et à la santé de l'enfant, pour lesquelles précisément cette autorité leur a été conférée(12).

La loi ne spécifie pas en effet que le receveur doit- être lui-même mineur.

Un rein prélevé sur un tout jeune enfant peut-être implanté dans le corps d'un adulte au sein duquel il continuera sa croissance.

Mais la remarque est valable même lorsque le receveur est mineur : il est difficile en effet de concevoir que des parents exercent leur autorité pour protéger un de leurs enfants dans sa santé en utilisant cette même autorité contre la santé d'un autre de leurs enfants.(13)

Le but est juste, le moyen est-il légitime ?

Il est clair en tout cas qu'il y a opposition d'intérêts entre les enfants, représentés pourtant par la même personne. (14).

On ne manquera pas de faire observer par ailleurs que la loi ne distingue pas entre les enfants selon leur souche : que les frères ou sœurs soient germains, ou simplement utérins ou consanguins ou même sans lien de sang comme il arrive souvent en cas d'adoption reste cependant

posée, s'agissant des pupilles de l'état pouvaient-il être soumis au prélèvement ? (15).

L'état n'a pas en principe le droit de décider du prélèvement du rein du mineur, mais le représentant légal dans quatre vingt quinze pour cent (95%) des cas était le père ou la mère et qu'il ne convenait pas d'établir une discrimination entre les enfants qui sont soumis à une autre autorité, c'est la raison pour la quelle le terme de «responsabilité légale» a été préférée à celui de «père ou mère» si le mineur est doté d'un représentant légal pour que celui-ci défende ses droits et protège sa personne, non pour qu'il engage ses biens et à fortiori pour qu'il dispose de son corps.(15)

On ne pouvait admettre que le représentant légal puisse décider à lui seul du prélèvement sur le mineur.

La doctrine dans son ensemble était d'ailleurs hostile au prélèvement sur les mineurs.

Le consentement du mineur lui-même n'est pas exigé, quel que soit son âge. Mais, «si l'avis du mineur peut-être recueilli, son refus d'accepter le prélèvement sera toujours respecter» mineur pour le consentement, le mineur est majeur pour le refus de consentir.

Quand l'avis du mineur pourra-t-il être recueilli ?

Est-ce une question d'âge ou une question de pur fait ? Qui décidera si l'avis du mineur peut ou non être recueilli ? Et qui recueillera cet avis ?

Mais si l'avis du mineur, n'est pas demandé, celui-ci pourra-t-il néanmoins refuser ? (16).

S'agissant de droit de la personnalité, on pourrait s'étonner que le consentement du mineur ne soit pas reconnu comme nécessaire.

II - Les prélèvements «post- mortem» :

Jusqu'à présent les prélèvements sur le corps humain après la mort à des fins n'étaient prévus par la loi, que dans un cas particulier : la greffe de la cornée (17).

Dont les dispositions restent applicables aux termes même de la loi du 22 décembre 1976 dans son article 5 énonce en effet que :

« les prélèvements anatomiques effectués sur l'homme en vue de la kératoplastie (18) peuvent être effectués sans délai, et sur les lieux même du décès chaque fois que le decujus a, par disposition testamentaire

léguee ses yeux à un établissement public ou à une œuvre privée pratiquant ou facilitant la pratique de cette opération »

Alors que dans grand nombre de pays dans le monde y compris des pays arabes, les transplantations d'organes sont devenues pratique courante, en Algérie il y a eu un arrêt brutal des greffes de cornée en 1985 (19).

Avant cette date du fait d'un vide juridique il était possible de prélever des globes oculaires, et des kératoplasties étaient réalisées quoiqu'en nombre limité. Mais les textes de lois parus en 1985 et en 1990, qui avaient pour but de promouvoir les transplantations, ont eu l'effet inverse en signant l'arrêt jusqu'à ce jour de toute greffe de cornée.

Selon le droit français ces prélèvements ne pourront pas être effectués sur tous les cadavres des personnes n'ayant pas refusé : la loi distingue en effet deux nouvelles catégories de cadavres ; celui du mineur et celui de l'incapable. On peut observer que le texte ne précise pas « incapable majeur ». Les mineurs non émancipés se trouvent donc ici visés deux fois d'abord comme mineurs, ensuite comme incapables.

En ce qui concerne le cadavre du mineur, le prélèvement en vue d'une greffe ne pourra être effectué qu'après autorisation du représentant légal.

En effet du fait précisément de leur incapacité les mineurs et les incapables majeurs n'avaient pas la possibilité d'exprimer un consentement pleinement valable. On ne pouvait donc pas induire de leur abstention leur acceptation. (20).

Les prélèvements effectués à des fins thérapeutiques ou à des fins scientifiques, ne sont pas subordonnés à l'autorisation du représentant légal du mineur.

Pour être concret, prenons le cas d'un enfant qui n'est pas en âge de se faire une opinion et donc d'exprimer son refus à un éventuel prélèvement post-mortem: si cet enfant meurt, une série de prélèvements effectués à des fins thérapeutiques ou à des fins scientifiques n'incluant pas le recours à la greffe pourra théoriquement disperser tous les éléments de son corps sans le moindre consentement de ses parents.

Le droit musulman ne permet pas la violation de l'intégrité corporelle, sans doute de telles restrictions viendraient réduire le champ d'application de la présomption de consentement instauré par la loi.

CONCLUSION

L'exploitation du corps humain ou du cadavre de l'homme à raison des richesses matérielles qu'il recèle peut susciter à la fois des enthousiasmes et des inquiétudes.

Des enthousiasmes parce qu'elle peut conduire à de nouveaux progrès matériels prodigieux et peut-être aussi lier, d'avantage les hommes entre-eux.

Des inquiétudes parce qu'elle s'attache à l'objet plus qu'à la personne, à l'utilité plus qu'à la liberté.

Elle fait ressortir par ailleurs l'emprise de plus en plus grande des sciences de la vie et de la technologie sur la société.

N'existe-t-il pas un pouvoir unificateur en puissance ? Qui, à défaut de souder des reins et des cœurs pourrait les transplanter «sans frontière. »

Ce qu'aucun art n'a pu faire vraiment, pas même la musique, ce qu'aucune science, pas même les mathématiques, aucune sagesse, aucune religion, la médecine peut-elle prétendre ? Médecine et politique seraient en symbiose dans un seul pouvoir qui régirait l'univers : la vie et la mort des citoyens du monde unis, bon gré mal gré, dans une chaîne de fraternité universelle.

Ce que Dieu lui-même n'a pas fait, la «bio-politique» va t-elle le réaliser ? Est-ce une nouvelle Utopie ?

Notes

(1) Code de la santé pub L.671-8 (titre III du livre VI «des organes, tissus, cellules et produits du corps humain» (Loi n°94-654 du 29 juillet 1994).

(2) Mr Duval. Arnoud R.T.D.C 3 juillet sept 95.

(3) exemple une circoncision pour raisons médicales est un acte usuel. Quid de la circoncision rituelle.

(4) L . 671-4 et L . 671-5 code de la santé publique (loi 94-654 du 29 juillet 1994).

(5) L.671-8 et L.671-9 code de la santé publique précité.

(6) Cheraf eddine :Droit de la transplantation d'organes, Thèse Paris 1975.

- (7) Cette procédure pourrait sans doute être écartée dans le cas d'urgence.
8. J.B Grenaillea : Commentaire de la loi n°76-1181 du 22/12/1976 relative au prélèvement d'organes. Dalloz 1977/P/213.
- (9) J.Savatier : le problème de greffe d'organes prélevés sur un cadavre D 1968 Chronique p.89.
- (10) Doll : les problèmes juridiques posés par les prélèvements et les greffes d'organes.T.C.P 1968.I.2168.
- (11) Loi Callauvet : du 22.12.1976.J.C.P 1977 .III.45160.relative au prélèvement d'organes.
- (12) Malaurie : Cassation.civ 12/02/1957 .D.1955.P.47.
- (13) STIAN : s'agissant du prélèvement, le problème sur le cadavre n'est soumis à l'autorisation expresse de son représentant quedansl'éventualitéd'unegreffeC.d'ETAT.17/02/1988/D1989.p.41.
- (14) J.M.AUBY : Loi du20/12/1988 ; relative à la protection des personnes qui se pretent à des recherches biomédicales.
- (15) J.PENNEAU : La responsabilité médicale.1977.
- (16) AUBRY : Droit de la santé. collection themis 1981. GeorgesBoyer Chamard et Paul Monzein :La médicale « P.U.F » 1974.
- (17) Loi du 7 juillet 1945.
- (18) Kératoplastie (greffe de la cornée)
- (19) Journée d'études sur «la greffe de la cornée organisée à l'hôpital Béni messous le 25 janvier 1995. Il en est de même en France ces dernières années ou un arrêt brutal dans un grand nombre de CHU en France. Cette source de prélèvement jusqu'alors la plus importante. On a assisté depuis 1992 à une chute dramatique du nombre de greffes de Cornées. Revue «gestion hospitalière n° 361 dec 1996 p765 et suite...»
- (20) HANNOUZ.M : approche juridique de la responsabilité en droit médical.o.p.u.1992.

Bibliographie

1 / Ouvrages generaux :

- Georges Boyer Chamard et Paul Monzein _____
“ La responsabilité medicale” PUF 1974
- Hannouz et A.R / Hakem procès de droit
medical O.P.U 1992
- Hannouz .M “ approche juridique de la
responsabilité medicale en droit Algérien
(Thèse pour l’obtention du grade de docteur
en sciences medicales , université d’Oran
- J.Penneau : La responsabilité médicale 1977
- Aubry : Droit de la santé Collection thémis 1981

2 / Doctrine et jurisprudence :

- R.Savatier : Les problèmes juridiques des
transplantations d’organes JCP
1969 ed G I 2247 et “ in hora
mortis nostrac” : le problème des
greffes d’organes prelevés sur un
cadavre D 1968 chro __ 89
- Cheraf Edine : Droit de la transplantation d’organes
thèse Paris 1975.
- J.B Grenaillea : Commentaire de la loi n°76-1181
du 22 Dec 1976 relative au
prélèvement d’organes. D 1977 P 213.
- STIAN : “s’agissant du prélèvement le problème
sur le cadavre n’est soumis à
l’autorisation expresse de son

representant que dans
l'éventualité d'une greffe cour
d'état 17Fév 1988 . D 1989 P 41.

- J.M AUBY : Loi du 20 Dec 1988 relative à la
protection des personnes qui se
préent à des recherches
biomédicales JCP 1989 I . 3384.

- J. Savatier : Les prob . de greffe d'organes
prélevés sur un cadavre D 1968 ch P. 89.

Doll : Les prob. juridiques posés par les
prélèvements et les greffes
d'organes TCP 1968 I. 2168.

Malaurie.Ph : Cas civ 12 Fév 1957 D 55 P 47.

Loi Callauvet : Du 22.12.1976 JCP 1977 III
45 160 relative au prélèvement d'organes.

CODE de la santé publique L.671-8 titreIII du livre VI(des
organes, tissus, cellules et produits du corps humain).

JOURNEE D'etudes sur la greffe de la cornée organisée à l'hopital
BENI MESSOUS le 25/01/1995.